

VALMOR FERREIRA BUENO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO EXERCÍCIO DA ODONTOLOGIA

Monografia de conclusão do curso de
graduação em Direito pela Universidade
Federal do Paraná.

CURITIBA
2004.

VALMOR FERREIRA BUENO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO EXERCÍCIO DA ODONTOLOGIA NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em Direito, do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA
2004.

TERMO DE APROVAÇÃO

VALMOR FERREIRA BUENO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO EXERCÍCIO DA ODONTOLOGIA NO BRASIL

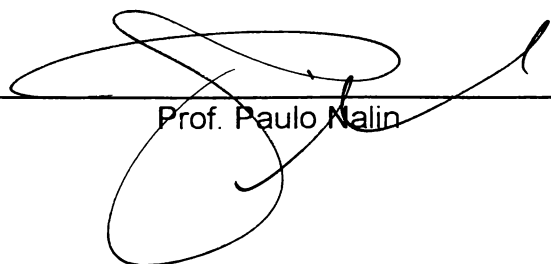
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em Direito, do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Elimar Szaniawski



Prof. Sérgio Seleme



Prof. Paulo Malin

Curitiba, 03 de novembro de 2004.

“A responsabilidade profissional exprime uma conquista da ciência jurídica a serviço dos interesses sociais e das necessidades humanas. Não importa em restrição à liberdade profissional, não importa, da mesma forma, em embaraço ao progresso das ciências aplicadas à defesa da saúde e da vida dos homens. O ponto de vista, em que nos devemos localizar, para compassar com o espírito toda a extensão da responsabilidade profissional, como proteção aos valores sociais e humanos em jogo, não é o do paciente, em sua posição de vítima, não é o do profissional, em atitude de responsável; tem de ser o ponto de vista mais alto e mais dilatado da humanidade, organizada na ordem jurídica para poder sustentar-se na composição e na harmonia de todos os interesses, evoluindo socialmente da subordinação à matéria aos triunfos do espírito e da cultura”.

J. GUIMARÃES MENEGALE

Renata. *Para você, pelo amor, carinho, amizade e dedicação à vida, ao trabalho e a quem ama.*

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	iii
RESUMO	vii
I. INTRODUÇÃO	1
II. BREVE HISTÓRICO DA ODONTOLOGIA	1
III. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	4
IV. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	8
IV.1. AÇÃO	9
IV.1.1. Culpa	11
IV.1.2. Responsabilidade sem culpa	15
IV.2. DANO	16
IV.2.1. Dano Patrimonial	16
IV.2.1.1. Dano Estético	17
IV.2.2. Dano Moral	18
IV.3. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE DANO E AÇÃO	19
V. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	21
VI. UNIVERSO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	23
VI.1. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual	24
VI.2. Obrigações de meio e obrigações de resultado	25
VII. ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA	27
VII.1. RAMOS DA ODONTOLOGIA	29
VII.1.1. Obrigações de meio ou de resultado?	35
VII.2. OS ERROS PROFISSIONAIS EM ODONTOLOGIA	39
VII.3. RESPONSABILIDADE INDIRETA OU COMPLEXA	41
VII.3.1. Responsabilidade por fato de outrem	41
VII.3.2. Responsabilidade por fato das coisas	42
VII.4. DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	43
VIII. CONCLUSÕES	44
IX. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

BUENO, Valmor Ferreira. *A responsabilidade civil no exercício da odontologia no Brasil*. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em Direito, do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

RESUMO: Buscou-se no presente estudo uma abordagem geral sobre o tema da responsabilidade civil do cirurgião-dentista no exercício de sua profissão. Para tanto, foi analisada a relação jurídica existente entre o profissional e seu cliente, qual seja, uma relação contratual, da qual emanam direitos e obrigações; a natureza destas será caracterizada ora como sendo de meios ora como de resultado, prevalecendo a primeira para a grande maioria dos casos, embora seja possível a ocorrência concomitante de ambas as obrigações em algumas especialidades odontológicas, devendo ser analisado o caso concreto. Nas denominadas obrigações de meios, verificou-se que incumbe ao paciente que se sentir lesado o ônus probatório com relação à culpa do cirurgião-dentista, de quem apenas se exige o emprego diligente da técnica adequada tendente a produzir o escopo almejado, com observância dos preceitos da arte odontológica e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde do paciente, mantendo-o incólume. Já nos casos em que se observou a característica de obrigação de resultado, constatou-se que basta o paciente demonstrar a ocorrência do dano (e o nexo causal entre este e a ação do profissional) para que lhe assista o direito à indenização, cabendo ao cirurgião-dentista provar alguma excludente de sua responsabilização, tais como: erro escusável, em face do estado da ciência; culpa exclusiva da vítima; caso fortuito ou força maior; ou, se ele agiu sem culpa, de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão. Entretanto, doutrina moderna aponta no sentido de que qualquer que seja a forma de obrigação, de meios ou de resultado, diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau da culpa, o nexo de causalidade e a dimensão do dano no caso concreto, sendo possível a inversão, em qualquer caso, do ônus da prova, desde que respeitados certos requisitos legais. Como a produção literária sobre o assunto ainda é muito escassa na doutrina pátria, buscou-se amparo em obras sobre responsabilidade civil, responsabilidade civil médica e na jurisprudência dos tribunais brasileiros, além de consultas junto a profissionais atuantes no mercado de trabalho das diversas áreas aqui relevantes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Obrigações de meio. Obrigações de resultado. Culpa.

I – Introdução

Depois da responsabilidade civil médica, a doutrina procurou voltar-se também para a responsabilidade civil odontológica, uma vez que as demandas judiciais por conflitos existentes na prestação de serviço pelo cirurgião-dentista aumentaram significativamente nos últimos tempos, seja pela negligência, imprudência ou imperícia de profissionais indolentes, insensatos ou incapazes para o exercício de determinado mister, causando danos – de natureza patrimonial, estética ou moral – em seus pacientes, que buscam na Justiça uma forma de minimizar seu sofrimento; ou então, pela má formação acadêmica, agravada pela corrida mercantilista do mercado de trabalho, que faz surgir o cirurgião-dentista antiético, o qual incentiva as demandas em desfavor do seu colega de profissão, com a intenção de vê-lo prejudicado.

Deve-se lembrar, também, que com a globalização e socialização dos cuidados de saúde em que vivemos, os pacientes de consultórios odontológicos estão muito mais sabedores dos procedimentos que lhes são prestados, estando mais conscientes dos “seus direitos”, e, conseqüentemente, mais exigentes, aumentando a cobrança por resultados; e ainda, existem as mentes maliciosas de pacientes que almejam, de alguma forma, enriquecer-se sem uma causa justa e leal, por meio de ações judiciais que buscam ressarcir-los de um dano inexistente, enlameando a reputação dos bons profissionais. Mostra-se importante ser delimitado o campo de atuação jurisdicional nestas demandas.

Outro fator relevante, é que a abordagem do presente tema na doutrina brasileira é bastante escassa, sendo comum seu estudo resumir-se a pequenos trechos dentro de obras inteiras dedicadas à responsabilidade civil ou ao direito civil, havendo necessidade patente de ser aprofundada a discussão nesta área do conhecimento, no desiderato, enfim, de proporcionar melhor entendimento para os profissionais do Direito, da Odontologia, e para a população em geral, sobre as penalidades a que estão sujeitos os atos ilícitos provocados no exercício profissional do cirurgião-dentista.

II – Breve Histórico da Odontologia

Num artigo intitulado "A História da Odontologia no Brasil", Elias Rosenthal¹ expõe a evolução desta ciência no país, do século XVI, até o fim do séc. XIX. São dados curiosos, sendo mencionadas algumas informações ali colhidas.

A primeira, e mais ou menos óbvia, é a de que a Odontologia praticada no Brasil, a partir da sua descoberta, restringia-se quase que tão-somente às extrações dentárias. No séc. XVI, exerciam a prática odontológica os barbeiros ou sangradores, os quais deviam ser "fortes, impiedosos, impassíveis e rápidos"; eles também eram, geralmente, ignorantes e tinham um baixo conceito, aprendendo seu ofício com alguém mais experiente.

Quanto ao conceito de "barbeiro", relata o autor que a definição para o termo, extraído do Dicionário de Língua Portuguesa, de Eduardo de Faria e editado no Rio de Janeiro em 1859, era a seguinte: "o que faz barba; (antigo) 'sangrador', cirurgião pouco instruído que sangrava, deitava ventosas, sarjas, punha cáusticos e fazia operações cirúrgicas pouco importantes". E coloca como observação que nessas "cirurgias pouco importantes incluíam-se extrações dentárias".

Em 1728, na França, Piérre Fauchard (1678-1761) com seu livro: *Le Chirugien Dentiste au Traité des Dents*, revoluciona a odontologia, inovando conhecimentos, criando técnicas e aparelhos, sendo juntamente cognominado "o pai de Odontologia Moderna". Nesta época começava a exploração do ouro no Estado de Minas Gerais, com grande afluxo de interessados e José S. C. Galhardo é nomeado pela Casa Real Portuguesa, cirurgião-mór deste Estado, regulamentando os práticos da arte dentária. Menciona, por sinal, o honrado nome de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que, segundo seu confessor Frei Raymundo de Pennaforte: "tirava com efeito dentes com a mais sutil ligeireza e ornava a boca de novos dentes, feitos por ele mesmo, que pareciam naturais".

No final do século XVIII, mais precisamente em 23 de maio de 1800, cria-se o "plano de exames", um aperfeiçoamento das formalidades e dos exames. É encontrado pela primeira vez em documentos do Reino, o vocábulo "dentista", o qual foi criado pelo cirurgião francês Guy Chauliac (1300-1368), aparecendo pela primeira vez em seu livro "Chirurgia Magna" publicado em 1363.

Saltando-se no tempo, em 1820 foi quando o Doutor Picanço concedeu ao francês Doutor Eugênio Frederico Guertin a "carta" para exercer sua profissão no

¹ ROSENTHAL, E. **A história da odontologia**. CD - Jomal APCD - outubro de 1995.

Rio de Janeiro – e que seria seguido por outros dentistas franceses. Era diplomado pela Faculdade de Odontologia de Paris e aqui atingiu elevado conceito, atendendo a maior parte da nobreza, inclusive D. Pedro II e familiares. Publicou em 1819, 'Avisos Tendentes à Conservação dos Dentes e sua Substituição', ao que tudo indica, a primeira obra de odontologia feita no Brasil.

Em 1º de junho de 1824, quando Gregório Raphael Silva, do Rio de Janeiro, recebeu a primeira “carta de dentista” após a Independência do Brasil.

Em 1839, é criada na cidade de Baltimore, Estados Unidos, a primeira escola de Odontologia do mundo: o Colégio de Cirurgia Dentária. Aliás, uma grande leva de dentistas norte-americanos viria para o nosso país e pouco a pouco suplantariam os colegas franceses (sobretudo durante a Guerra de Secessão). Luiz Burdell foi o pioneiro, seguindo-se Clinton Van Tuyl, o primeiro a utilizar clorofórmio (só em casos excepcionais) para anestesia, conforme cita em seu livro: “Guia dos Dentes Sãos”, publicado em 1849. Depois vieram Samuel I. Rambo, Carlos Koth, Witt Clinton Green, Preston A. Rambo, John William Coachman, William B. Keys, Carlos Keys, etc.. Estes três últimos pertencentes à mesma família, constituindo-se até hoje no maior contingente de cirurgiões-dentistas no Brasil (cerca de 120 profissionais de uma só árvore genealógica).

Ressalta Rosenthal, que o marketing já era praticado pelos cirurgiões-dentistas na década de 1830.

Finalizando esta pincelada histórica, é importante mencionar que foi Vicente Cândido Sabóia, mais tarde Visconde de Sabóia, que, em 1880, assumindo a direção da Faculdade de Medicina, resolveu atualizar o ensino da Odontologia, tanto material quanto cientificamente.

Graças às chamadas Reformas Sabóia, a Odontologia foi anexada às Faculdades de Medicina, ainda no II Império. Dessa forma, a primeira Escola de Odontologia de São Paulo, criada em 1900, denominou-se no seu início Escola de Farmácia, Odontologia e Obstetrícia de São Paulo. As matérias do curso de Odontologia eram divididas da seguinte forma:

1ª série - Física, química mineral, anatomia descritiva e topografia da cabeça.

2ª série - Histologia dentária, fisiologia dentária, patologia dentária e higiene da boca.

3ª série - Terapêutica dentária, cirurgia e prótese dentárias.

Os três primeiros mestres no Rio de Janeiro foram: Thomas Gomes dos Santos Filho (?), Aristides Benício de Sá (1854-1910) e Antônio Gonçalves Pereira da Silva (1851-1916) que prestaram relevantes serviços à Odontologia.

No ano de 1921, o Decreto Federal n. 15.003 permitiu o exercício da profissão de dentista àqueles que: a) mostrassem-se habilitados por título conferido pelas faculdades de medicina oficiais ou equiparadas na forma da lei; b) sendo graduados por escolas ou universidades estrangeiras, se habilitassem perante as faculdades nacionais, na forma dos respectivos regulamentos; e c) sendo professores de universidades estrangeiras, requeressem licença ao Departamento Nacional de Saúde Pública, que só seria concedida à vista de documentos devidamente autenticados e quando, no país a que estas pessoas pertencerem, gozarem de idêntico favor os professores das escolas brasileiras.

Atualmente, o exercício da odontologia – que já se encontra na era do *laser* – é regulado pela Lei nº 5.081, de 24 de agosto de 1966, que somente permite o exercício da profissão dentro do território nacional: a) ao cirurgião-dentista habilitado por escola ou faculdade oficial ou reconhecida, após o registro do diploma na Diretoria do Ensino Superior, no Serviço Nacional de Fiscalização da Odontologia, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade; b) aos habilitados por escolas estrangeiras, após a revalidação do diploma e satisfeitas as demais exigências do artigo anterior; e c) ao diplomado nas condições mencionadas no Decreto- Lei número 7.718 de 9 de julho de 1945, que regularmente se tenha habilitado para o exercício profissional, somente nos limites territoriais do Estado onde funcionou a escola ou faculdade que o diplomou, sendo nula qualquer autorização administrativa a quem não for legalmente habilitado para o exercício da Odontologia.

III – Breve histórico da responsabilidade civil

Remonta aos estudos no Direito Romano, certa cogitação sobre o tema da responsabilidade civil – pois não se vislumbra o desenvolvimento de uma teoria completa sobre o tema nesta época, não se podendo desprezar a sua contribuição

para a evolução histórica do instituto – através da noção básica do delito (*delicta*), que representava o fator genético da responsabilidade².

Tal responsabilização, no início, se dava pela vingança coletiva, a qual se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes³. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, forma primitiva da reação espontânea contra o mal sofrido que, segundo Washington de Barros Monteiro, era contraproducente como modo de compensar o dano, pois com ela não havia reparação alguma, mas sim duplo dano, redobrada lesão, a da vítima e a de seu ofensor depois de punido⁴; era a reparação do mal pelo mal.

A esta fase, sucede a consagração da regra jurídica do talião – inspirador da Lei das XII Tábuas, a qual representou uma forma de mitigar os abusos que porventura poderiam ser cometidos outrora, pois o Estado intervinha para declarar quando e em que condições tinha a vítima o direito de retaliação, sintetizando a fórmula “olho por olho, dente por dente”. Evitava-se, destarte, a compensação desproporcional do delito.

Depois desse período há o da composição voluntária, quando se percebe a maior conveniência em compensar o dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro (*poena*), a critério do ofendido. Em seguida, é o legislador quem vai fixar a medida da composição (fase das composições legais), proibindo que a vítima, daí em diante, pudesse fazer justiça pelas próprias mãos, sendo compelida a aceitar a *poena* fixada pela autoridade. O último passo consiste em considerar o Estado interessado não somente na repressão das infrações dirigidas contra ele, mas também dirigidas contra os particulares, porque perturbavam a ordem que aquele se empenhava em manter – dissociando-se, a partir de então, os aspectos civis e penais da punição.

A maior revolução em termos de responsabilidade civil no direito romano, ocorre com o advento da chamada Lei Aquília – fonte da moderna concepção da responsabilidade extracontratual ou aquiliana, em oposição à contratual. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, que deveria responder com o seu

² PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

³ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 7: responsabilidade civil**. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

⁴ MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil, vol. 5**. 33 ed. v 1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 391; DIAS, J. A. **Da Responsabilidade Civil**. 9ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 17.

patrimônio pela reparação do dano; ficaria isento de pena, por conseguinte, se procedesse sem culpa. Ressalta, ainda, José de Aguiar Dias⁵, que no último estágio do direito romano, as ações de responsabilidade contemplavam não só os danos materiais, como também os morais.

No entanto, a maior fonte de inspiração para a legislação moderna foi o Código Civil Francês, elaborado a partir da releitura dos textos romanos, no bojo dos quais se identifica a adoção da idéia de culpa, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Neste contexto é que Domat estabelece a categoria da culpa de que pode provir o dano: a que acarreta, a um tempo, a responsabilidade penal do agente, perante o Estado, e a responsabilidade civil, perante a vítima; a das pessoas que descumprem as obrigações, culpa contratual; e a que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.⁶

A partir das lições de Domat e Pothier, é que, no Código de Napoleão, a responsabilidade civil se funda na culpa, estabelecendo três requisitos fundamentais para que se atribuisse ao ofensor o dever de indenizar: o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

No que diz respeito especificamente à responsabilidade civil médica, acompanhemos os dizeres de Delton Croce e Delton Croce Júnior:⁷

“É assaz difícil convictamente falar que, nos primórdios da humanidade, no que pertine ao castigo da imprudência médica, existiam preceitos que regulavam de modo específico o dano, a lesão e o homicídio culposos, como forma de vingança privada, primitiva, selvagem, de reação contra o prejuízo sofrido, pois dominava então o materialismo no Direito, com a proclamação do princípio geral do castigo como consequência imediata do dano”.

Também são os mesmos autores que dizem que, em seguida, começaram os povos da antigüidade a elaborar legislação que regrasse a conduta profissional da atividade médica. Assim, o Código de Hamurabi (1686 – 1750 a.C.) – elaborado pelo rei da Babilônia – em cujo art. 218 está a lei do Talião que previa penas severas como amputação das mãos, entre outras, aos cirurgiões que não tivessem sucesso nos seus procedimentos. Igualmente, tinham os cirurgiões punição prevista no

⁵ DIAS. Op. cit., p. 20.

⁶ Id.

⁷ *Apud*. SOUZA, N. T. C. **Responsabilidade Civil no Erro Médico**. Artigo publicado em: www.saude.sc.gov.br, consultado em 25.05.2004, p. 19/20.

Código de Ur-Nammu (2111 – 2084 a.C.) – em seu artigo 625 referia-se à responsabilidade do médico - no Código de Manu, da Índia, com data incerta de promulgação, mas calculada aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C. , no Cho-King dos chineses, na Lei de Zoroastro, sendo econômica a penalização. O Talmude implantou a multa, prisão e imposição de castigos físicos. No Egito, ao lado da elevada posição que desfrutavam, os médicos tinham um livro com regras estabelecidas para seu exercício profissional. Se não as observassem eram punidos com a morte. A Lei Aquilia, entre os romanos obrigava o médico a indenizar se um escravo morria sob seus cuidados; também o médico que agisse com imperícia ou negligência era exilado ou deportado. Persistiram na Idade Média as pesadas sanções aos médicos.

No início do século XIX, o Código Civil Francês introduziu a regulamentação dos atos humanos prejudiciais a outrem. A obrigação de indenizar passou a ser consequência de qualquer ato humano, quando causasse dano e, por analogia, os médicos passaram a ser incriminados por sua imprudência ou negligência. Em 1829, a Academia de Paris proclamou a exclusiva responsabilidade moral e não econômica, quase extinguindo a necessidade do médico indenizar os seus erros – salvo erro grosseiro e inescusável. Isso não durou muito e em 20 de maio de 1836, na França, a jurisprudência sobre responsabilidade médica tornou-se palpável através do aresto de André Marie Jean-Jacques Dupin, Procurador-Geral da Câmara Civil da Corte de Cassação de Paris, que estabeleceu bem a necessidade de se submeter à apreciação judicial a possibilidade do erro médico e afirmava: “Cada profissão encerra em seu seio, homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega”. E em brilhante parecer sobre um caso de erro médico que interessou toda a opinião pública francesa, no ano de 1835, rebatendo os argumentos da Academia de Medicina a favor do mandato ilimitado do médico sobre o paciente, o Procurador-Geral Dupin, firmou a seguinte jurisprudência:

1. "O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais. Fica a cargo do juiz determinar cada caso, sem afastar-se dessa noção fundamental: para que um homem seja considerado responsável por um ato cometido no exercício profissional, é necessário que haja cometido uma falta nesse ato; tenha sido possível agir com mais vigilância sobre si mesmo ou sobre os seus atos e que a ignorância sobre esse ponto não seja admissível em sua profissão".

2. "Para que haja responsabilidade civil, não é necessário precisar se existiu intenção, basta que tenha havido negligência, imprudência, imperícia grosseira e, portanto inescusáveis".

3. "Aos tribunais corresponde aplicar a lei com discernimento, com moderação, deixando para a ciência toda a latitude de que se necessita, dando, porém, à justiça e ao direito comum tudo o que lhe pertence".

A doutrina fixada por Dupin, se estriba, em três vertentes: 1) O médico, como profissional, está sujeito às sanções da lei; 2) na aplicação das sanções, os tribunais devem ser prudentes e 3) isto não afeta o prestígio nem a progresso da Medicina.

No Brasil, foi a responsabilidade civil disciplinada genericamente no artigo 159 do Código Civil de 1916, recebendo destacada atenção neste mesmo diploma e em leis extravagantes; denota-se ser sólida a posição legislativa gozada pelo instituto no Brasil desde o limiar do século XX. Atualmente, o nosso ordenamento jurídico reconhece, expressamente, tanto a responsabilidade subjetiva (estribada na culpa), quanto a responsabilidade objetiva (independente de culpa).

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabeleceu, por exemplo, no seu art. 37, § 6º, que: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

No mesmo compasso, o art. 12 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), previu a responsabilidade objetiva, estabelecendo que: "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

Por derradeiro, o Código Civil brasileiro de 2002, conquanto repetindo, em grande parte, *ipsis litteris*, alguns dispositivos do código de 1916, e corrigindo a redação de outros, consagrou a responsabilidade civil objetiva no parágrafo único do art. 927 e previu, no art. 186, a reparação do dano ainda que exclusivamente moral.

IV – Teoria geral da responsabilidade civil

A responsabilidade civil possui fundamental importância para garantir a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito por um dano causado através da prática de um ato ilícito, tal como disposto em nosso novel Código Civil, em seu artigo 927, *caput*: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” – o que será objeto de análise mais detalhada adiante.

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. A palavra contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. No entanto, não é nestes termos que aqui se estuda a responsabilidade, posto que correspondem a um agir de acordo com uma norma ou obrigação do agente, de modo que o que nos interessa é justamente a infração à norma ou obrigação.

Pode-se considerar, destarte, responsabilidade civil como sendo a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. Passemos, agora, à análise dos pressupostos da responsabilidade civil.

IV.1. Ação

A responsabilidade civil requer uma ação, comissiva ou omissiva, voluntária e objetivamente imputável, que pode defluir do próprio agente, de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a sua guarda. Tal ação deve ser qualificada juridicamente, isto é, se apresentar revestida de ilicitude ou licitude, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. De maneira diversa entende Sílvia de Salvo Venosa, pois para ele a ação sempre estará, para fundamentar a responsabilidade

civil, revestida de ilicitude, mesmo na responsabilidade objetiva, onde “o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa”.⁸

De qualquer forma, melhor se adapta ao presente trabalho a aceção geral de que a responsabilidade resultante de ato ilícito se baseia na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa se funda no risco.

A ação será comissiva quando se pratica um ato que não deveria se efetivar; sendo omissiva, quando da não-observância de um dever de agir ou quando se deixar de praticar um ato que deveria realizar-se. Deverá, ainda, ser voluntária no sentido de poder ser controlada pela vontade à qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc.

Diante disto, pode-se apresentar alguns exemplos práticos no exercício profissional do cirurgião-dentista: comete, por exemplo, um ato ilícito, o dentista que fracassa em um tratamento de canal, por ausência de um devido diagnóstico radiológico ou mesmo quando o profissional não respeita o sigilo do paciente, previsto no Código de Ética Odontológica, que estabelece em seu Art. 9º, inciso I: “Constitui infração ética (...) revelar, sem justa causa, fato sigiloso de que tenha conhecimento em razão do exercício de sua profissão.”

Em seus artigos 3º e 4º, o mesmo diploma legal preconiza que entre os deveres/direitos fundamentais dos dentistas, destacam-se: comportar-se dignamente; zelar não só pela saúde, mas também pela dignidade do paciente; manter-se atualizado com os conhecimentos científicos e profissionais; diagnosticar, planejar e executar corretamente os tratamentos, não perdendo de vista a dignidade do paciente e o estado atual da ciência e resguardar o sigilo profissional.

Basicamente, o Conselho Federal de Odontologia, com estas colocações meridianamente tão claras, incita e obriga os profissionais a atuarem com atitudes e comportamentos alicerçados no tripé: diagnóstico correto, atualização de conhecimentos científicos e dignidade. Em outras palavras, o cirurgião-dentista, como prestador de serviço voltado para a promoção da saúde individual e coletiva, não pode ser confundido e muito menos confundir-se em sua atuação profissional

⁸ VENOSA. **Direito Civil. v. 4: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 22.

com a de uma empresa comercial ou mesmo uma fábrica que produza um determinado componente eletrônico ou mecânico.

Obviamente, há uma sensível diferença entre comprar produtos e prestar serviços voltados para a saúde. Por outro lado, esta diferença não pode nunca ser confundida com a necessidade sorrateira de se impor ou criar privilégios gratuitos e injustificados, que indultem, protejam ou beneficiem o dentista.

A responsabilidade profissional não pode ser confundida com a consciência profissional. Pois, enquanto aquela se inicia com a obtenção do título universitário, a consciência profissional começa nos primeiros dias da infância, sofrendo influências hereditárias, familiares, educacionais e comportamentais e em geral, representam a somatória de fatores ou virtudes que influem e participam da formação do ser humano.

Quando estes valores, somados aos fundamentos da ética e moral, são praticados e vivificados de forma inexpressiva na atividade do cirurgião-dentista, este estará mais exposto e vulnerável a defrontar-se com situações geradoras de riscos e danos para seus pacientes. E porque não dizer, para si próprio também.

IV.1.1. Culpa

Savatier define culpa (*faute*) como sendo a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Sendo que, se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o delito contratual. E se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito.⁹

Inicialmente, cumpre ressaltar que a culpa, aqui, deve ser entendida como culpa “lato sensu”, abrangendo o dolo, que é a violação intencional de dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência, ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Com esboço nas lições de José de Aguiar Dias, encontra-se que a culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou

⁹ *Apud*. DIAS. op. cit., p. 110.

má conduta imputável, encontrando-se nesta figura dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.¹⁰

Destarte: a) imperícia, é a falta de habilidade ou inaptidão para certos misteres. Assim, comete esta falta, o dentista que, sem experiência, sem a devida qualificação em determinada especialidade, propõe-se a praticar um ato de natureza odontológica complexa, sem a devida atualização profissional. Outros exemplos: dentista que não mais se recorda dos conceitos aprendidos na graduação ou aquele que se despreocupou em atualizar-se após a obtenção do seu certificado profissional; o clínico geral, que sem uma atuação profissional e vivência na área da periodontia, propõe-se a efetuar uma cirurgia com material haloplástico, em um paciente portador de um avançado quadro de perdas ósseas alveolares; b) negligência, consiste na inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento. Por exemplo: dentista que não informa ao paciente dos cuidados pós-cirúrgicos, gerando como consequência um quadro hemorrágico de difícil controle; dentista que não se precaveu em evitar a fratura de uma lima no canal de um dente, ou o ortodontista que não dá a devida importância a uma inclinação anormal de uma coroa clínica de um molar permanente, o que provocará um desvio posicional da mandíbula e conseqüente desordem têmporo-mandibular; o mesmo ocorrerá com o implantologista, que vê sua osteosíntese fracassada na paciente com um grau avançado de osteoporose, que não foi previamente diagnosticada; e c) imprudência, é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Por exemplo: o cirurgião-dentista que aplica uma anestesia num paciente cardiopata, ou diabético, ou hemofílico, ou gestante, sem preocupar-se previamente com a dose de adrenalina e a quantidade anestésica indicada para esses pacientes. O cirurgião que age intempestiva e descuidadosamente na extração de um siso incluso-impactado, ocasionando a uma fratura de ângulo mandibular, agiu imprudentemente.

¹⁰ Ibid, p. 108.

Nesse mesmo sentido, preleciona o festejado Aguiar Dias: “Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade”.¹¹

Inobstante divergências doutrinárias, mais interessante ao presente trabalho é a classificação da culpa nos seguintes termos:

I – Em função da natureza do dever violado: a) culpa contratual, quando fundada num contrato; b) culpa extracontratual ou aquiliana, se originária de violação de preceito geral de direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios. Mais detalhes desta classificação serão estudados adiante.

II – Quanto à sua graduação: a) culpa grave, quando resulta da imprudência ou negligência grosseira e extrema do indivíduo, sem ter previsto o que ao homem é plenamente previsível; b) culpa leve, a qual advém da inobservância de cautelas ordinárias, podendo ser evitada com a atenção esperada por um homem comum; c) culpa levíssima, na qual o dano só poderia ser evitado com extraordinária atenção.

De acordo com Maria Helena Diniz, “para a grande maioria dos juristas a gravidade da culpa não exerce qualquer influência na reparação do dano”.

Assim, no entendimento desses juristas, a classificação da culpa em seus diversos graus, bem como a distinção entre a conduta culposa e dolosa, teria perdido, de certa forma, sua finalidade prática, haja vista subsistir a obrigação de indenizar não obstante tenha o agente ocasionado a ofensa por um comportamento doloso ou culposos e, nesse último caso, independentemente de ter sido grave, leve ou levíssimo. Nesse sentido, assevera Silvio Rodrigues que a distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isto porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual ‘in Lex Aquilia et levíssima culpa venit’. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. E continua dizendo quera, como a indenização deve ser o mais possível completa, pois indenizar significa

¹¹ DIAS. Op. cit., p. 121.

tornar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima.¹²

Todavia, faz-se mister consignar que certa parte da doutrina se situa em posição diametralmente oposta. Nesse sentido, pode-se citar Yussef Said Cahali, por exemplo, para quem o grau de culpa interfere na determinação do *quantum debeatur* relativo à indenização.

De qualquer forma, a controvérsia em tela foi mitigada pelo Novo Código Civil, o qual em seu artigo 944 (sem correspondente no CC de 1916) consagra, em seu *caput*, o princípio tradicional, mas em seu parágrafo único, concede autorização para o juiz decidir por equidade em casos de culpa leve ou levíssima, *in verbis*: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

III – Quanto ao conteúdo da conduta culposa: a) *in committendo* ou *in faciendo*, se o agente praticar um ato positivo (imprudência); b) *in omittendo*, caso o agente cometa uma abstenção (negligência); c) *in eligendo*, a qual advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação (Súmula 341 do STF); d) *in vigilando*, que decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável dever pagar.¹³

Destarte se o cirurgião-dentista sempre tiver sua conduta abalizada pela perícia, ou seja, se sua atuação estiver de acordo com a *lex artis* odontológica, dificilmente ele será condenado em uma ação indenizatória, devido à ausência de culpa na sua conduta. Nesse sentido, vejamos os escólios do Advogado paranaense Gilberto Baumann de Lima, o qual diz que a atuação do profissional de medicina deverá ser de conformidade com a *lex artis*, o que de igual forma se aplica aos cirurgiões-dentistas. Assim, resta claro que a odontologia, da mesma forma que a medicina, possui procedimentos reconhecidamente seguros e corretos, compatíveis com ocorrências semelhantes, ou, no caso de novas situações, indicações das atividades mais aconselháveis, e essa realidade está aberta ao Direito.¹⁴

No entanto, conforme leciona Oscar Ivan Prux, a teoria da culpa não é adequada para ser aplicada em todos os casos de responsabilidade civil de ordem pessoal dos

¹² RODRIGUES, S. *Direito Civil*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148/149.

¹³ DINIZ, M. H. *op. cit.*, p. 44/45.

¹⁴ LIMA. *Culpabilidade do Médico e a “Lex Artis”*. RT 695/422, Setembro de 1993, p. 427.

profissionais liberais. Para o autor, nas obrigações "de resultado", ela se revela inadequada e, nas agressões aos direitos dos consumidores que são perpetradas através de condutas e práticas de mercado (na oferta, na propaganda enganosa, na cobrança de dívidas, no uso de práticas e cláusulas abusivas, etc.) ela se revela além de inadequada, quase impertinente.¹⁵

IV.1.2. Responsabilidade sem culpa

Segundo a teoria da culpa, acima esposada, incumbe à vítima o ônus da prova do dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, para que possa obter a reparação do dano. Entretanto, essa prova, em raros casos era de fácil acesso à vítima, deixando inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento, o que levou ao desenvolvimento da "teoria do risco". Esta se inspira na idéia de que o elemento culpa ou é presumido pela lei (responsabilidade civil objetiva imprópria), ou é desnecessário para caracterizar a responsabilidade, bastando que ocorra o nexo de causalidade entre o ato causador do dano e este (responsabilidade civil objetiva propriamente dita); portanto, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Savatier define a responsabilidade, baseada no risco, como aquela de reparar o prejuízo causado por uma atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle.¹⁶

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano em detrimento do dolo ou da culpa *stricto sensu*. Desse modo, para o dever de indenizar bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa.¹⁷ Assim é o posicionamento da melhor doutrina, informando que, na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.¹⁸

¹⁵ PRUX, O. I. **Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 188.

¹⁶ *Apud*. RODRIGUES, S. op. cit., p. 156.

¹⁷ VENOSA, S. S. **Direito Civil. v. 4: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 18.

¹⁸ RODRIGUES, S. op. cit., p. 11.

IV.2. Dano

Sem a ocorrência de um dano, não há como caracterizar a manifestação de uma responsabilidade. Etimologicamente, vem de *demere*, que significa tirar, apoucar, diminuir, ou seja, a idéia de dano relaciona-se como a de prejuízo, lesão ou perda, seja ela física, psicológica, funcional, patrimonial ou moral. É todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais.

Maria Helena Diniz elenca os principais requisitos para a configuração do dano indenizável: a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) Efetividade ou certeza do dano, embora haja casos de presunção do dano, como a inscrição indevida do nome de pessoa física ou jurídica em cadastro de entidades de proteção ao crédito; c) Causalidade; d) Subsistência do dano; e) Legitimidade; f) Ausência de causas excludentes de responsabilidade.¹⁹

IV.2.1. Dano patrimonial

O patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível. Qualquer prejuízo (perda ou deterioração, total ou parcial) causado aos bens que compõem esse acervo configura o dano patrimonial. É o prejuízo econômico sofrido pela vítima.

O dano patrimonial abrange o *dano emergente* (quando o prejuízo recai sobre um determinado ganho financeiro, os prejuízos efetivamente sofridos pela vítima – *damnum emergens*) e os *lucros cessantes* (quando impede o aumento do patrimônio, é o que deixou de auferir em virtude do dano – *lucrum cessans*). Pode o dano patrimonial ainda ser classificado em: a) *direto*, quando causa imediatamente um prejuízo à vítima, bem como aos seus bens; e b) *indireto*, quando advém de um dano aos direitos da personalidade ou quando causa prejuízo a terceiros; ou ainda, é o que decorre de circunstâncias ulteriores que agravam o prejuízo diretamente suportado. É nesse contexto que se enquadra o dano estético, mas que reflete também prejuízos de ordem moral. Assim, o dano estético vai estar ora gravitando

¹⁹ DINIZ. Op. cit., p. 62/64.

ao redor do patrimônio da vítima ora ao redor da sua psique, pela dor suportada, pela vergonha de sua aparência etc.

IV.2.1.1. Dano estético

Pode-se entender o dano estético como sendo toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa:

Com escólio nos ensinamentos de José de Aguiar Dias, o dano estético estaria compreendido no dano moral, de modo que, em regra, se pode ter como cumuláveis a indenização por dano estético e a indenização por dano moral. Um caso que demonstra com clareza tal assertiva é o da manequim (ou atriz, bailarina, cantora, apresentadora de programa televisivo, etc) que necessita de seu belo sorriso para poder ter o seu sustento. Em uma determinada cirurgia odontológica, vem esse modelo a sofrer lesões que causam deformidades permanentes em sua morfologia, impedindo-a de trabalhar, por falta de ofertas de emprego. Nesta hipótese, vislumbra-se com clareza dois tipos de prejuízos, um de ordem extrapatrimonial (com danos à moral), e outro de ordem patrimonial (com danos à estética). Neste sentido e com destaque para o que consta em seu teor:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPERÍCIA ODONTOLÓGICA. DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. EXIGÊNCIA TÉCNICA ESTÉTICA PREVALENTE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PROVIMENTO DA APELAÇÃO”.

(TJRJ, 15ª CCv., Ap. Cv. 2003.001.04840, rel. Des. Francisco José de Asevedo, julgado em 14.05.2003).

Teor do Acórdão e Dispositivo:

“(…)

De qualquer forma, considerada a situação pessoal da autora, jovem e bonita, **profissão de modelo e manequim**, graves foram e são as consequências dos danos sofridos pela mesma, razão pela qual os danos morais pretendidos são bem razoáveis.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido, condenando o réu a pagar a autora o valor de **R\$ 25.000,00, a título de danos materiais**, e no valor de **R\$ 96.000,00, a título de danos morais**, além das custas e honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação.”

Uma lesão à beleza da pessoa humana deve ser duradoura, e se assim não for, ou seja, se passageira, haverá ser solucionada através de ação de indenização por perdas e danos. Entretanto, há dificuldade na quantificação desse dano, vez que, a beleza repousa no campo do subjetivismo. Para que seja quantificada a lesão sofrida, levar-se-á em conta o local, a possibilidade de sua remoção, seja ela total ou parcial, a extensão do dano, o sexo, a idade, profissão, o estado civil da vítima e a possibilidade do retorno ao convívio social, dado o aspecto repulsivo do ferimento.

Veja-se como dispôs sobre a matéria o nosso novel Código Civil, em seu artigo 950:

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

IV.2.2. Dano moral

O dano moral ficou, a partir da Constituição Federal de 1988, admitido explicitamente no art. 5º, inciso X, e será o valor da indenização determinado em juízo. O que foi seguido pelo novo Código Civil, que em seu artigo 186 estatui: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Para Orlando Gomes²⁰, o dano moral é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. Savatier o define como sendo qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.²¹

Wilson Melo da Silva assim apresenta o conceito de danos morais: “São lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal,

²⁰ GOMES. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 271.

²¹ *Apud*. PEREIRA, C. M. S. *op. cit.*, p. 54.

entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.²²

Acerca do conceito e dos critérios para a mensuração dos danos morais, oportuno é trazer à baila os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, para quem o dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, transitando o prejuízo pelo imponderável; daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor mezinheiro da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater familias*: não se deve levar em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. “Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal”.²³

Os danos morais podem eventualmente conviver com a prática odontológica, por exemplo quando uma seção intempestiva do nervo dentário inferior acarreta uma parestesia irreversível, quando da ocorrência de uma assimetria facial após uma cirurgia ortognática ou mesmo em situações de assédio sexual promovido pelo dentista. Veja-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DENTISTA. ASSÉDIO SEXUAL. DEVER DE INDENIZAR O DANO MORAL.

Considerando que o conjunto probatório coletado na esfera cível em especial atenta ao depoimento das testemunhas que delatam a ocorrência de fatos similares anteriores e porque, no Juizado Especial Criminal o réu aceitou transação mediante o pagamento de multa, medida despenalizadora, se assentam como verdadeiros os fatos alegados pela autora que, a rigor, não teria motivos para imputar os fatos desabonatórios, expondo inclusive sua pessoa, impunha-se a procedência da demanda e a condenação do demandado ao dever de indenizar a vítima dos constrangimentos que lhe infligiu.

SENTENÇA CONFIRMADA.

APELO IMPROVIDO.”

(TJRS, 5ª CCv., Ap. Cv. 70006092217, rel. DES.^a ANA MARIA NEDEL SCALZILLI, julgado em 06.05.2004).

IV.3. Nexo de causalidade entre dano e ação

²² *Apud.* RODRIGUES, S. op. cit., p. 189.

Só existirá direito à reparação quando houver uma relação de causa e efeito entre a ação e o dano. É, assim, a relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu chamada de *nexo causal*. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, bastando que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. E este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Para Sílvio de Salvo Venosa o conceito deriva das leis naturais. E é o liame que une a conduta do agente ao dano, sendo por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Segundo o autor, trata-se de elemento indispensável, sendo que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, onde se dispensa a culpa, nunca será dispensado o nexo causal. “Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”.²⁴

Marcelo Leal de Lima Oliveira²⁵ exemplifica uma situação no exercício profissional do cirurgião-dentista que bem espousa a dificuldade encontrada para se individualizar quem deve responder pelo evento danoso:

“Imaginemos que um paciente procure um cirurgião-dentista para o tratamento de um abscesso apical agudo e em razão da não observância das regras de assepsia, o paciente seja acometido de grave infecção generalizada. Encaminhado a um médico para o tratamento da infecção, este, por erro de diagnóstico, venha a ministrar um antibiótico ao qual o paciente era alérgico e, por consequência, venha a falecer.”

A solução é dada pela teoria da relação causal imediata, segundo a qual é preciso que exista uma relação direta e imediata entre o dano e sua causa, desde que esta seja causa necessária para sua realização. Assim, Agostinho Alvim explica que “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”.²⁶

Destarte, no caso em tela, a responsabilização pelo resultado morte recairia exclusivamente sobre o médico, o qual foi o responsável direto e imediato pelo falecimento da vítima. Ao odontólogo caberia apenas o ressarcimento por eventual

²³ VENOSA. **Direito Civil. v. 4: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

²⁴ VENOSA. **Direito Civil. v. 4: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

²⁵ OLIVEIRA, M. L. L. **Responsabilidade civil odontológica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 171.

dano decorrente da infecção por ele provocada, esvaziando-se de qualquer relevância jurídica após a morte do paciente causada por erro do médico.

V – O Código de Defesa do Consumidor

Como prestação de serviço que é, eis que a atividade do cirurgião-dentista é oferecida ao paciente mediante uma remuneração, a relação estabelecida entre o profissional e o paciente configura-se numa relação de consumo, onde aquele se obriga a usar toda a sua habilidade visando, no mais das vezes, alcançar um resultado almejado. Deve arcar o profissional liberal, portanto, com a responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço.

Outra importante consequência deste enquadramento como relação de consumo é a de que o prazo de prescrição para reclamar a reparação do dano derivado da prestação do serviço é de cinco anos (artigo 27 do CDC).²⁶ Entenda-se que, constituindo circunstância extraordinária à relação de consumo, insere-se o fato no campo da responsabilidade civil, ficando, assim, a ação sujeita à prescrição do artigo 205 do Código Civil, ou seja, 10 (dez) anos. Assim, sujeita-se a prescrição quinquenal apenas a responsabilidade advinda dos danos decorrentes da má prestação do serviço odontológico em casos como: o ortodontista que, ao finalizar o tratamento ortodôntico, confecciona um aparelho removível de contenção com encaixe insatisfatório.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º estabeleceu que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Esta norma é temperada pelo art. 6º, VIII, do citado diploma legal, quando é dito que poderá haver a inversão do ônus da prova, no processo civil, em favor do consumidor. Assim, não desaparece, quando é contratado determinado cirurgião-dentista e ocorre um dano proveniente de intervenção cirúrgica, a necessidade da comprovação de culpa, havendo, em verdade, a chamada "culpa presumida", quando o juiz verificar a possibilidade de inversão do

²⁶ Ibid., p. 174.

²⁷ LISBOA, R. S. **Manual de direito civil, vol 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 578.

ônus da prova, cabendo ao profissional liberal provar que o alegado pelo consumidor não corresponde à verdade.

No entanto, há quem entenda que permanece a responsabilidade objetiva (independente de culpa) no caso da prestação de serviço por pessoa jurídica. No caso do cirurgião-dentista, este prestará os seus serviços, ou individualmente como autônomo, ou nas chamadas Entidades Prestadoras de Assistência Odontológica, as quais são assim definidas no artigo 76, da resolução 185/93 do CFO:

“Art. 76 (...)

§ 1º. Entende-se como entidades prestadoras de assistência odontológica, as clínicas dentárias ou odontológicas, policlínicas ou quaisquer outras entidades, estabelecidas ou organizadas, como firmas individuais ou sociedades, para a prestação de serviços odontológicos direta ou indiretamente.

§ 2º. Entre as entidades referidas neste artigo incluem-se: a) além de suas matrizes ou sedes, as filiais e filiadas, independente das designações que lhes sejam atribuídas, ainda que integradas em outras entidades ou organizações de cunho não odontológico; b) os serviços de assistência odontológica dos estabelecimentos hospitalares; c) os serviços odontológicos mantidos por empresas, para prestação de assistência a seus empregados; d) as clínicas médico-odontológicas; e) as clínicas mantidas por sindicatos; f) as clínicas mantidas por entidades beneficentes; g) as cooperativas de prestação de serviços odontológicos; e, h) os consultórios de propriedade de cirurgiões-dentistas que empregarem ou não colegas para trabalhar, desde que: 1) anunciem-se como "clínica", "clínica dentária ou odontológica", "odontoclínica dentária ou odontológica", ou outro designativo que os identifique como organização de prestação de serviços odontológicos; 2) exista contrato individual ou coletivo registrado ou sujeito a registro na Junta Comercial; 3) sejam cadastrados no ISS como entidades referidas no § 1º deste artigo; ou, 4) mantenham qualquer tipo de convênio em grupo que os caracterizem como clínica. i) as empresas intermediadoras e/ou contratantes de serviços odontológicos.”

Antonio Herman de Vasconcelos Benjamim²⁸ assevera que, se o médico (e também o cirurgião-dentista) trabalha (não-autônomo) para uma clínica (particular ou pública – como no caso das prefeituras) ou hospital, responderá ele apenas, por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital ou clínica será apurada objetivamente. É o teor do artigo 932, inciso III c.c. 933 do Código Civil (2002), *in verbis*:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

²⁸ *Apud*. KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Mais acertado, parece, o entendimento segundo o qual, independentemente de vínculo empregatício entre a entidade prestadora de serviços e o cirurgião-dentista, a análise da atuação pessoal deste é que determinará, ou não, a responsabilidade do estabelecimento. Assinala Miguel Kfoury Neto²⁹ que “a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado; se houver culpa do médico, nada impede que o lesado proponha a demanda em face de ambos, pessoa física e jurídica, ou de apenas um deles” – ressalvando-se que o mesmo é válido quando se tratar de atuação profissional do cirurgião-dentista. Neste sentido:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. CLÍNICA ODONTOLÓGICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INADMISSIBILIDADE. ALEVEOLITE. ETIOLOGIA VARIÁVEL. AUSÊNCIA DA PROVA DA CULPA E DO NEXO CAUSAL.

A melhor exegese do art. 14 do CDC há de considerar a especialidade do serviço prestado, relevando-se o caráter técnico da atividade odontológica. A responsabilidade objetiva não coaduna com a matéria posta em exame, sendo indispensável a verificação do agir culposo do dentista.

Conquanto remanescentes dentários no local da extração do dente possam ser uma das causas da alveolite, pesquisas sobre a inflamação apontam possibilidades múltiplas para sua etiologia.

Não há como saber se a atuação do dentista efetivamente contribuiu, em menor ou maior grau, para o evento danoso. Se nem mesmo a ciência pode concluir sobre qual seria a causa da alveolite, certamente as regras da experiência comum pouco poderão auxiliar em um juízo de probabilidade. Apelo provido.

(TJRS, 9ª CCv., Ap. Cv. 70008800369, rel. DRA. MARILENE BONZANINI BERNARDI, julgado em 11.08.2004)

Ressalva existe quanto ao ônus da prova, o qual recairá ora sobre uma, ora sobre outra parte, dependendo do tipo de obrigação assumida pelo cirurgião-dentista. É o que será esposado adiante, quando se falar sobre as relações contratuais e as obrigações de meio e de resultado.

VI - Universo das relações contratuais

²⁹ Ibid., p. 193.

Orienta-se o sistema jurídico pátrio pela adoção da *teoria dualista* ou *clássica* da origem da responsabilidade, separando em compartimentos estanques a culpa contratual da culpa extracontratual, o que é criticado pela *teoria monista*, que sustenta a desnecessidade da fixação de um regime de responsabilidade que procura regular diferentemente, pois os efeitos de uma e outra forma de responsabilidade são os mesmos, qual seja, gerar o dever de indenizar a vítima do ato lesivo; assim como os pressupostos para esse dever também são os mesmos: ação culposa, dano e nexo causal³⁰. De qualquer forma, a crítica não prevaleceu em nosso ordenamento.

VI.1. Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade contratual caracteriza-se pela inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral, resultando do inadimplemento ou mora no cumprimento da obrigação assumida; é uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupões capacidade para contratar. Já a responsabilidade extracontratual (ou delitual, ou aquiliana³¹) é aquela que decorre diretamente da violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.³²

Assim, conforme leciona o insigne jurista Sílvio Rodrigues, na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; e, na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.³³

³⁰ LISBOA, R. S. Op. cit., p. 459; OLIVEIRA, M. L. L. Op. cit., p. 61/62.

³¹ LISBOA critica a equiparação da responsabilidade aquiliana à extracontratual, por levar a dois equívocos: "o primeiro, de se limitar a responsabilidade extracontratual à culpa, quando isso não corresponde à realidade, ainda mais se contrastada com o impulso que obteve a teoria da responsabilidade sem culpa durante o século XX. E, por outro lado, não coloca a responsabilidade extracontratual em seu verdadeiro patamar. A responsabilidade extracontratual é o gênero, a responsabilidade aquiliana é a espécie." Op. cit., p. 460.

³² DINIZ, M. H. Op. cit., p. 119 e 459; GOMES, O. Op. cit., p. 277/278.

³³ RODRIGUES. Op. cit., p. 9.

VI.2. Obrigações de meio e obrigações de resultado

Demogue³⁴, o pai de tal classificação das obrigações, considera como obrigação de meios aquelas que encerram a promessa do emprego de certa diligência reputada, em princípio, como capaz de proporcionar um dado resultado, não, porém, a promessa desse resultado. A obrigação de meios implica, assim, em dever de atenção e diligência, visando a um fim que todavia, não entra necessária e imperativamente nesse dever, podendo deixar de verificar-se, não obstante desempenhados satisfatoriamente os deveres do devedor. Isto é, na obrigação de meios, faz-se abstração do resultado, embora não se compreenda um contrato sem resultado, para só considerar a diligência e atenção com que se perseguiu esse resultado. Na obrigação de resultado, abstrai-se, ao contrário, dos meios: o que ao devedor toca é a prestação final, não obstante ser claro que dificilmente se poderá obter o resultado se não foram empregados os meios necessários.

Para Orlando Gomes, as obrigações de meios correspondem a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas de resultado, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido.³⁵

Para Sílvio de Salvo Venosa³⁶, no caso das obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. No caso das obrigações de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação.

Miguel Kfoury Neto, com esboço nas lições de Demogue, anota que Há obrigação de meios quando a própria prestação nada mais exige do devedor que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. O autor menciona o caso do médico, que se obriga a emendar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura. E continua o mestre: “na obrigação de resultado, se o profissional não atinge o fim a que se propõe, não terá cumprido sua obrigação. Ou alcança o resultado, ou terá que arcar com as consequências”.³⁷

³⁴ *Apud*. DIAS, J. A. Op. cit.

³⁵ GOMES. Op. cit., p. 16/17.

³⁶ VENOSA, S. S. **Direito Civil. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

³⁷ KFOURI NETO. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

No entanto, esse mesmo autor, em obra mais moderna³⁸, faz o alerta para a atual tendência de relativização dos conceitos de obrigações de meios e de resultado, veja-se:

“(...)irrelevante saber se a obrigação era de meio ou de resultado. O dano existiu. Basta apenas identificar quem o causou – se o profissional, que poderia ter agido diversamente, e não o fez, ou causa diversa, absolutamente fora do alcance da atuação (boa ou má) do médico.”

E, citando Genival Veloso de França, conclui Kfouri Neto que, qualquer que seja a forma de obrigação, de meios ou de resultado, diante do dano, o que se vai apurar é a responsabilidade, levando em conta principalmente o grau da culpa, o nexo de causalidade e a dimensão do dano, ainda mais diante de indenizações por perdas e danos. E aquelas formas de obrigação, apenas definem o ônus da prova. “No ato médico, a discutida questão entre a culpa contratual e a culpa aquiliana, e, em consequência, a existência de uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, parece-nos, em determinados instantes, apenas um detalhe”. Na prática, o que vai prevalecer mesmo é a relação entre a culpa e o dano, pois até mesmo a evidência do *ônus probandi* já tem remédio para a inversão do ônus da prova, qualquer que seja a modalidade de contrato. Assim, hodiernamente, mesmo em especialidades – tanto na medicina, quanto em qualquer outro ramo profissional – consideradas obrigadas a um resultado de maneira absoluta, já se olha com reservas esse conceito tão radical de êxito sempre, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROFISSIONAL LIBERAL. DENTISTA CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE. A inversão do ônus da prova, no Código de Defesa Consumidor está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências, inexistindo qualquer ilegalidade na decisão que defere a inversão do ônus da prova pretendida pela Autora, ora Agravada, com a finalidade de comprovar a responsabilidade pelos danos causados em virtude de tratamento dentário. RECURSO DESPROVIDO.”

(TJRJ, 15ª CCv., Ag. Inst. 2002.002.21102, rel. DES. ELISABETE FILIZZOLA, julgado em 28.05.2003).

³⁸ KFOURI NETO. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 233/239.

VII - Aspectos específicos sobre a responsabilidade civil do cirurgião-dentista

A respeito da natureza contratual da relação médico-paciente – a qual, *mutatis mutantis*, se assemelha à relação existente entre cirurgião-dentista e paciente – diz Fabrício Zamprogna Matielo, em sua obra “Responsabilidade Civil do Médico”, que por muito tempo se discutiu a natureza jurídica da relação médico/paciente, pois foi inserido o erro médico pelo legislador entre os atos que ensejariam indenização tendo em vista a sua ilicitude, e não como derivação da simples inobservância ou descumprimento de obrigação previamente assumida.³⁹

Entretanto, acentua Miguel Kfouri Neto⁴⁰, apesar de o Código Civil Brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar-se a responsabilidade médica como *ex contractu* – embora faça o autor referência ao Código de 1916, conclui pela natureza contratual da relação médico-paciente, o que se aplica nos dias de hoje.

É neste sentido também o que ensina José de Aguiar Dias: “Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual (...)”.⁴¹ No entanto, não se pode deixar de frisar que a responsabilização do cirurgião-dentista poderá exsurgir independentemente da existência de um contrato (formal ou tácito) com seu paciente, pois, mesmo na sua ausência, subsiste o dever do profissional, em virtude, até mesmo, em última análise, do disposto no artigo 186 do Novo Código Civil.

Já no que diz respeito ao tipo de obrigação gerada pelo contrato de prestação de serviços firmado entre cirurgião-dentista e paciente, se de meios ou de resultado, em muito diverge a doutrina.

Para a maioria, a relação entre um paciente e um dentista está mais próxima de uma obrigação de resultado, pois as técnicas e os instrumentais modernos oferecem uma margem de acerto muito maior do que de erro.

³⁹ MATIELO, Op. cit., p. 42.

⁴⁰ KFOURI NETO. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64.

⁴¹ *Idem*.

É o que diz Miguel Kfouri Neto e José de Aguiar Dias⁴², abonando lição de Guimarães Menegale:

“(...) o compromisso profissional do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados, porque ‘à patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargos das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar”.

No entanto, não deve prevalecer tal entendimento. O próprio Guimarães Menegale assim esclarece mais a frente em seu texto supra citado:

“Nas profissões sanitárias, como a medicina e a odontologia, é evidente que o compromisso contratual do profissional não pode consistir em restaurar a saúde agravada, mas em empregar todos os recursos disponíveis com esse fim. Por isso, diz-se que é uma obrigação de *meios* e não de *resultado*, ou – para adotarmos a definição da jurisprudência francesa – consiste em prodigalizar ao cliente ‘cuidados conciosos, atenciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência”.

Destarte, “tanto o médico, dentista, como o jurista, encarnam sentidos humanísticos, enquanto exercem profissões diretamente estabelecidas ao serviço do homem; ambos procuram o bem-estar humano”.⁴³ Nesse desiderato, o que esses profissionais irão empregar é o adequado grau de zelo, diligência e carinho, sujeitando o resultado de suas ações, muitas vezes, a situações alheias ao seu controle.

O advogado, está sujeito às variadas decisões que são tomadas sobre como aplicar a lei aos casos concretos por ele apresentados. Já o médico e o dentista, sujeitam-se a fatores ainda mais imprevisíveis, inexatos. Neste sentido é o que nos ensina Graça Leite⁴⁴, para quem a Odontologia se enquadra entre as profissões que não se regem pelos termos da certeza, no caso de um engenheiro-construtor – exemplifica – cuja construção desaba por erro de cálculo, não se pode admitir escusas, em face da natureza matemática de sua profissão, o mesmo não ocorrendo com a Odontologia ou a Medicina, ambas ligadas à Biologia, e, portanto, a uma

⁴² KFOURI NETO. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 224; DIAS. Op. cit., p. 285.

⁴³ ARAÚJO, A. L. M. In: BITTAR, C. A. (coord). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁴⁴ LEITE, W. G. **Odontologia Legal**. Salvador: Era Nova, 1962, p. 221.

ciência não matemática, sendo lógico que os seus princípios não se revistam no atributo da exatidão, constituindo, via de regra, obrigações de meio. Assim é o entendimento da moderna jurisprudência de nossos tribunais:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DENTISTA. ERRO. OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. 1-A obrigação do Dentista é a de usar os melhores meios disponíveis ao seu alcance para tratar o mal que acomete o paciente e, neste aspecto, dissocia-se do resultado. 2-A inexistência de conduta culposa que caracterize o descumprimento dessa obrigação ou do nexo de causalidade afasta o dever de indenizar”.
(TJRJ, 5ª CCv., Ap. Cv. 2004.001.12079, rel. DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA, julgado em 15.06.2004).

VII.1. Ramos da odontologia

As especialidades odontológicas hoje existentes estão relacionadas na resolução nº 185/1993 do Conselho Federal de Odontologia, que aprova a Consolidação das Normas para Procedimentos nos Conselhos de Odontologia e revoga a Resolução CFO-155/84. São elas:

- a) Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Faciais;
- b) Dentística Restauradora;
- c) Endodontia;
- d) Odontologia Legal;
- e) Odontologia em Saúde Coletiva;
- f) Odontopediatria;
- g) Ortodontia;
- h) Patologia Bucal;
- i) Periodontia;
- j) Prótese Buco-Maxilo-Facial;
- k) Prótese Dentária;
- l) Radiologia;
- m) Implantodontia; e,
- n) Estomatologia.

Em cada uma delas se observará um tipo de obrigação assumida pelo cirurgião-dentista perante o seu paciente; pode ocorrer, no entanto, que se tenha, em

determinada especialidade, de analisar o caso concreto para que se possa aferir qual a obrigação caracterizada. E isso vai depender, sobretudo, do grau de evolução técnica da especialidade, de modo que permita ou não o alcance do resultado almejado pelo paciente com segurança e certeza.

Destarte, passemos à análise de cada uma das especialidades supra elencadas e reguladas pelos artigos 39 e seguintes da referida resolução do CFO.

a) Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Faciais

É a especialidade que tem como objetivo o diagnóstico e o tratamento cirúrgico e coadjuvante das doenças, traumatismos, lesões e anomalias congênitas e adquiridas do aparelho mastigatório e anexos, e estruturas crânio-faciais associadas.

As áreas de competência para atuação do especialista em Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Faciais incluem: a) implantes, enxertos, transplantes e reimplantes; b) biópsias; c) cirurgia com finalidade protética; d) cirurgia com finalidade ortodôntica; e) cirurgia ortognática; e, f) tratamento cirúrgico de cistos; afecções radiculares e periradiculares; doenças das glândulas salivares; doenças da articulação têmporo-mandibular; lesões de origem traumática na área buco-maxilo-facial; malformações congênitas ou adquiridas dos maxilares e da mandíbula; tumores benignos da cavidade bucal; tumores malignos da cavidade bucal, quando o especialista deverá atuar integrado em equipe de oncologista; e, de distúrbio neurológico, com manifestação maxilo-facial, em colaboração com neurologista ou neurocirurgião.

b) Dentística Restauradora

É a especialidade que tem como objetivo o estudo e a aplicação de procedimentos educativos, preventivos, operatórios e terapêuticos para preservar e devolver ao dente integridade anátomo-funcional e estética.

As áreas de competência para atuação do especialista em Dentística Restauradora incluem: a) diagnóstico e prognóstico das doenças dentárias; b) procedimentos estéticos, educativos e preventivos; c) procedimentos conservadores da vitalidade pulpar; e, d) tratamento das lesões dentárias possíveis de restauração, inclusive a confecção de coroas individuais e restaurações metálicas fundidas.

c) Endodontia

É a especialidade que tem como objetivo a preservação do dente por meio de prevenção, diagnóstico, prognóstico, tratamento e controle das alterações da polpa e dos tecidos periradiculares.

As áreas de competência para atuação do especialista em Endodontia incluem: a) procedimentos conservadores da vitalidade pulpar; b) procedimentos cirúrgicos no tecido e na cavi-dade pulpares; c) procedimentos cirúrgicos para-endodônticos; e, d) tratamento dos traumatismos dentários.

d) Odontologia Legal

É a especialidade que tem como objetivo a pesquisa de fenômenos psíquicos, físicos, químicos e biológicos que podem atingir ou ter atingido o homem, vivo, morto ou ossada, e mesmo fragmentos ou vestígios, resultando lesões parciais ou totais reversíveis ou irreversíveis.

A atuação da Odontologia Legal restringe-se à análise, perícia e avaliação de eventos relacionados com a área de competência do cirurgião-dentista podendo, se as circunstâncias o exigirem, estender-se a outras áreas, se disso depender a busca da verdade, no estrito interesse da justiça e da administração.

As áreas de competência para atuação do especialista em Odontologia Legal incluem: a) identificação humana; b) perícia em foro civil, criminal e trabalhista; c) perícia em área administrativa; d) perícia, avaliação e planejamento em infortunistica; e) tanatologia forense; f) elaboração de: 1) autos, laudos e pareceres; 2) relatórios e atestados; g) traumatologia odonto-legal; h) balística forense; i) perícia logística no vivo, no morto, íntegro ou em suas partes em fragmentos; j) perícia em vestígios correlatos, inclusive de manchas ou líquidos oriundos da cavidade bucal ou nela presentes; l) exames por imagem para fins periciais; m) deontologia odontológica; n) orientação odonto-legal para o exercício profissional; e, o) exames por imagens para fins odonto-legais.

e) Odontologia em Saúde Coletiva

É a especialidade que tem como objetivo o estudo dos fenômenos que interferem na saúde bucal coletiva, por meio de análise, organização, planejamento, execução e avaliação de serviços, projetos ou programas de saúde bucal, dirigidos a grupos populacionais, com ênfase nos aspectos preventivos.

As áreas de competência para atuação do especialista em Odontologia em Saúde Coletiva incluem: **a)** análise sócio-epidemiológica dos problemas de saúde bucal da comunidade; **b)** elaboração e execução de projetos, programas e/ou sistemas de ação coletiva ou de saúde pública visando à promoção, ao restabelecimento e ao controle da saúde bucal; **c)** participação, em nível administrativo e operacional de equipe multiprofissional, por intermédio de: 1) organização de serviços; 2) gerenciamento em diferentes setores e níveis de administração em saúde pública; 3) vigilância sanitária; 4) controle das doenças; 5) educação em saúde pública; e, **d)** identificação e prevenção das doenças bucais oriundas exclusivamente da atividade laboral.

f) Odontopediatria

É a especialidade que tem como objetivo o diagnóstico, a prevenção, o tratamento e o controle dos problemas de saúde bucal da criança, a educação para a saúde bucal e a integração desses procedimentos com os dos outros profissionais da área da saúde.

As áreas de competência para atuação do especialista em Odontopediatria incluem: a) educação e promoção de saúde bucal, devendo o especialista transmitir às crianças, aos seus responsáveis e à comunidade, os conhecimentos indispensáveis à manutenção do estado de saúde das estruturas bucais; b) prevenção em todos os níveis de atenção, devendo o especialista atuar sobre os problemas relativos à cárie dentária, à doença periodontal, às maloclusões, às malformações congênitas e às neoplasias; c) diagnóstico dos problemas buco-dentários; d) tratamento das lesões dos tecidos moles, dos dentes, dos arcos dentários e das estruturas ósseas adjacentes, decorrentes de cáries, traumatismos, alterações na odontogênese e malformações congênitas; e, e) condicionamento da criança para a atenção odontológica.

g) Ortodontia

É a especialidade que tem como objetivo a prevenção, a supervisão e a orientação do desenvolvimento do aparelho mastigatório e a correção das estruturas dento-faciais, incluindo as condições que requeiram movimentação dentária, bem como harmonização da face no complexo maxilo-mandibular.

As áreas de competência para atuação do especialista em Ortodontia incluem: a) diagnóstico, prevenção, interceptação e prog-nóstico das maloclusões e disfunções neuro-musculares; b) planejamento do tratamento e sua execução mediante indicação, aplicação e controle dos aparelhos mecanoterápi-cos e funcionais, para obter e manter relações oclusais normais em harmonia funcional, estética e fisiológica com as estruturas faciais; e, c) inter-relacionamento com outras especialidades afins necessárias ao tratamento integral da face.

h) Patologia Bucal

É a especialidade que tem como objetivo o estudo laboratorial das alterações da cavidade bucal e estruturas anexas, visando ao diagnóstico final e ao prognóstico dessas alterações. Para o melhor exercício de sua atividade, o especialista deverá se valer de dados clínicos e exames complementares.

As áreas de competência para atuação do especialista em Patologia Bucal incluem a execução de exames laboratoriais microscópicos, bioquímicos e outros bem como a interpretação de seus resultados.

i) Periodontia

É a especialidade que tem como objetivo o estudo, o diagnóstico, a prevenção e o tratamento das doenças gengivais e periodontais, visando à promoção e ao restabelecimento da saúde periodontal.

As áreas de competência para atuação do especialista em Periodontia incluem: a) avaliação diagnóstica e planejamento do tratamento; b) controle de causas das doenças gengivais e periodontais; c) controle de seqüelas e danos das doenças gengivais e periodontais; d) procedimentos preventivos, clínicos e cirúrgicos para regeneração dos tecidos periodontais; e) outros procedimentos necessários à

manutenção ou à complementação do tratamento das doenças gengivais e periodontais; e, f) colocação de implantes e enxertos ósseos.

j) Prótese Buco-Maxilo-Facial

É a especialidade que tem como objetivo a reabilitação anatômica, funcional e estética, por meio de substitutos aloplásticos, de regiões da maxila, da mandíbula e da face ausentes ou defeituosas, como seqüelas da cirurgia, do traumatismo ou em razão de malformações congênitas ou de distúrbios do desenvolvimento.

As áreas de competência para atuação do especialista em Prótese Buco-Maxilo-Facial incluem: a) diagnóstico, prognóstico e planejamento dos procedimentos em Prótese Buco-Maxilo-Facial; b) confecções, colocação e implantação de Prótese Buco-Maxilo-Facial; e, c) confecção de dispositivos auxiliares no tratamento emanoterápico das regiões Buco-Maxilo-Faciais.

k) Prótese Dentária

É a especialidade que tem como objetivo o restabelecimento e a manutenção das funções do sistema estomatognático, visando a proporcionar conforto, estética e saúde pela recolocação dos dentes destruídos ou perdidos e dos tecidos contíguos.

As áreas de competência do especialista em Prótese Dentária incluem: a) diagnóstico, prognóstico, tratamento e controle dos distúrbios crânio-mandibulares e de oclusão, através da prótese fixa, da prótese removível parcial ou total e da prótese sobre implantes; b) atividades de laboratório necessárias à execução dos trabalhos protéticos; e, c) procedimentos e técnicas de confecção de peças, aparelhos fixos e removíveis parciais e totais como substituição das perdas de substâncias dentárias e parodontárias.

l) Radiologia

É a especialidade que tem como objetivo a aplicação dos métodos exploratórios por imagem com a finalidade diagnóstica buco-maxilo-facial.

As áreas de competência para atuação do especialista em Radiologia incluem: a) obtenção e interpretação de imagens das estruturas buco-maxilo-faciais e de outras

relacionadas com a Odontologia; e, b) auxiliar em diagnóstico, para elucidação de problemas passíveis de solução, mediante exame pela obtenção de imagens.

Muito importante nesta especialidade é a correta proteção do paciente com avental de chumbo.

m) Implantodontia

É a especialidade que tem como objetivo a implantação na mandíbula e na maxila, de materiais aloplásticos destinados a suportar próteses unitárias, parciais ou removíveis e próteses totais.

As áreas de competência para atuação do especialista em Implantodontia incluem: a) diagnóstico das estruturas ósseas dos maxilares; b) diagnóstico das alterações das mucosas bucais, e das estruturas de suporte dos elementos dentários; c) técnicas e procedimentos de laboratório relativos aos diferentes tipos de prótese a serem executadas sobre os implantes. d) técnicas cirúrgicas específicas ou usuais nas colocações de implantes; e, e) manutenção e controle dos implantes.

n) Estomatologia

É a especialidade que tem como objetivo a prevenção, o diagnóstico, o prognóstico e o tratamento das doenças próprias da boca e suas estruturas anexas, das manifestações bucais de doenças sistêmicas, bem como o diagnóstico e a prevenção de doenças sistêmicas que possam eventualmente interferir no tratamento odontológico.

As áreas de competência para atuação do especialista em Estomatologia incluem: a) promoção e execução de procedimentos preventivos em nível individual e coletivo na área de saúde bucal; b) obtenção de informações necessárias à manutenção da saúde do paciente, visando à prevenção, ao diagnóstico, ao prognóstico e ao tratamento de alterações estruturais e funcionais da cavidade bucal e das estruturas anexas; e, c) realização ou solicitação de exames complementares, necessários ao esclarecimento do diagnóstico.

VII.1.1. Obrigações de meio ou de resultado?

Como já esposado anteriormente, a relação contratual existente entre cirurgião-dentista e paciente encerra ora obrigações de meio ora de resultado, o que vai depender, sobretudo, do grau de evolução técnica da especialidade, de modo que permita ou não o alcance do resultado almejado pelo paciente com segurança e certeza.

Assim, pode-se elencar como eminentemente de resultado as seguintes especialidades odontológicas, para as quais basta o inadimplemento da obrigação assumida para que se configure o direito à indenização, de modo que competirá ao cirurgião-dentista provar que a falta do resultado previsto não decorreu de culpa sua: a) patologia bucal; e b) radiologia. Tais especialidades trabalham com análises feitas em laboratório, buscando um diagnóstico final, o qual deve ser preciso. No entanto, nada impede que seja fornecido laudo inconclusivo, sugerindo que se busque o diagnóstico através de outros exames.

A única especialidade que encerra obrigações eminentemente de meio – por ser impossível garantir, com segurança e certeza, o alcance do resultado almejado pelo paciente – é a cirurgia e traumatologia buco-maxilo-facial. É esta a especialidade que mais se aproxima da medicina, razão pela qual não se pode exigir do cirurgião-dentista uma previsão exata de todas as reações biológicas do paciente ao realizar a intervenção cirúrgica; cabe a este provar a culpa do profissional no agir de seu mister, para ter reconhecido o direito à indenização. Ao cirurgião-dentista é apenas exigido o emprego diligente da técnica adequada tendente a produzir o escopo almejado, com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde do paciente, mantendo-o incólume. É vedado ao dentista atuar sobre as vias de acesso do pescoço e da cabeça, salvo em casos de necropsias; é limitada a sua atuação às zonas média ou maxilar e inferior ou mandibular, sendo vedada a sua intervenção na zona frontal do paciente.

As demais especialidades odontológicas apresentarão ora características das obrigações de meio ora das de resultado, devendo ser analisado o caso concreto.

Apresentar-se-ão como responsáveis pela obrigação de resultado assumida, os cirurgiões-dentistas quando, por exemplo: a) o que exerce a odontologia social, erra o cálculo de concentração do flúor nas águas destinadas a consumo público, causando fluorese dental e, em casos extremos, intoxicações que podem conduzir ao óbito; b) na endodontia, ao preparar um canal provoca trepanação radicular ou dá

ensejo à fratura de instrumento alargador no interior do conduto radicular; c) o ortodontista que não controlar a força aplicada para movimentação dental, provocando reabsorção radicular; d) o odontopediatra que condena um elemento dental temporário, em vez de restaurá-lo, ocasionando mau-posicionamento do sucessor permanente, ou extrai dentes temporários destruídos, mas com chance de recuperação, provocando distúrbio de oclusão na dentição permanente da criança; e) o protesista que instala prótese mal planejada, causando ao paciente problemas periodontais nas estruturas dentais remanescentes ou distúrbios na articulação têmporo-mandibular; f) o periodontista que não remove adequadamente os cálculos ou não instrui corretamente o paciente na remoção da placa.⁴⁵

Pode ocorrer também, que qualquer destas especialidades acima referenciadas, ora sejam encaradas como obrigação de meio ora como de resultado. Por exemplo, na atuação de um protesista que após a instalação de uma prótese (obrigação de resultado), não instrui seu paciente da importância da higiene e dos cuidados que ele deverá tomar para a conservação e manutenção do trabalho efetuado (obrigação de meio). Na odontologia legal, a grande maioria das vezes, observa-se uma obrigação de resultado. No entanto, alguns procedimentos não podem garantir a certeza da obtenção do fim colimado, mormente face ao desenvolvimento da atividade técnico-investigatória e principalmente em razão da precariedade de recursos existentes nos laboratórios de criminalística e institutos de Medicina Legal do País. Já a estomatologia, reveste-se de características de meio, no que diz respeito ao diagnóstico, prognóstico e tratamento de doenças bucais, aproximando-se nestes casos, da própria atividade médica, porém, apresentando contornos de obrigação de resultado no que se refere à realização de exames.

Na implantodontia, embora a taxa de sucesso dos implantes dentários seja próxima de 100% quando utilizada a metodologia científica correta, alguns fatores de insucesso ainda escapam da previsão e controle do dentista, devendo ser – enquanto não superados estes fatores pelo avanço científico e tecnológico – considerada sua obrigação como sendo de meios.⁴⁶ E aqui, observemos as divergências jurisprudenciais sobre o tema:

a)

⁴⁵ PEDROTTI, I. A. *Apud* KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.

⁴⁶ OLIVEIRA, M. L. L. *Op. cit.*, p. 87.

"DIREITO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS - **IMPLANTES DENTÁRIOS - OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO** - CONSTATAÇÃO DE ERRO NO PROCEDIMENTO - IMPLANTES COLOCADOS MUITO PRÓXIMOS, IMPEDINDO A HIGIENIZAÇÃO E PROSSEGUIMENTO COM COLOCAÇÃO DE PRÓTESE FIXA - CONSTATADA PARESTESIA TEMPORÁRIA APÓS O TRATAMENTO - CORRETA A ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS - DENTISTA QUE DEVE ARCAR COM AS DESPESAS DOS TRATAMENTOS NECESSÁRIOS À REABILITAÇÃO ORAL DA VÍTIMA, BEM COMO DEVOLVER VALOR DE MATERIAL PAGO PELA CLIENTE E NÃO UTILIZADO - AUSÊNCIA DE SEQUÊLA PERMANENTE - DANOS MORAIS REDUZIDOS AO EQUIVALENTE A 100 (CEM) SALÁRIOS MÍNIMOS - DIVISÃO PROPORCIONAL DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - AFASTADA A PRETENSÃO DA AUTORA DE VER MAJORADO A VERBA RELATIVA A INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - APELO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE - APELO DA AUTORA CONHECIDO E IMPROVIDO. **A obrigação do dentista não era de resultado, e sim de meio, ou seja, se lhe era exigido enviar toda perícia, toda técnica, no sentido de alcançar o melhor resultado para a substituição da dentição da cliente.** Porém, assim não agiu ao "tentar" a colocação de oito implantes, quando previamente já havia programado a colocação apenas de seis e também ao retirar dois implantes, mantendo aqueles nominados 42, 41 e 31 tão próximos que impediam a higienização dos próprios implantes, conseqüentemente impossibilitando a colocação da prótese fixa ou a higienização da área depois de concluído o trabalho, donde decorre seu dever de indenizar pelos danos materiais causados à vítima. Embora a dor moral seja imensurável em termos monetários, a condenação do ofensor deve levar em consideração a natureza e gravidade do dano, o grau de sofrimento imposto à ofendida, o potencial econômico-social do ofensor e sua repercussão, sob pena de se tornar inócua à vítima ou fator de estímulo da conduta ilícita. Como no caso não houve seqüela permanente e há possibilidade de reabilitação oral da paciente, o valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos é coerente para a reparação dos danos morais, sob pena de enriquecimento ilícito da vítima."

(TAPR, Sexta Câmara Cível, Ac. 13187, Ap. Cv. 170706-0, rel. Juiz Anny Mary Kuss, julgado em 25.03.2002, *in* DJ 6100).

b)

"RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - CIRURGIÃO-DENTISTA - **IMPLANTE DENTÁRIO. 1. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO** - DEVER DO PROFISSIONAL DE ALCANÇAR O RESULTADO ESPERADO PELO PACIENTE. 2. COMPRESSÃO DO NERVO INCISIVO - CULPA MANIFESTA DA RÉ - PACIENTE QUE PERMANECE COM DORES, DIFICULDADE NA MASTIGAÇÃO, FORMIGAMENTO BUCAL E PARALISIA FACIAL - ADEMAIS, NEGLIGÊNCIA DA RÉ NO PÓS-OPERATÓRIO, UMA VEZ QUE NÃO DEU SOLUÇÃO AO PROBLEMA SURGIDO COM O IMPLANTE. 3. CUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO - ADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ. 4. VALOR DO DANO MORAL E ESTÉTICO - R\$ 35.000,00 - RAZOABILIDADE. 5. NULIDADE DA SENTENÇA POR JULGAMENTO EXTRA PETITA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONSIDERAÇÕES TECIDAS SOBRE A CONDUTA ÉTICA DA RÉ - FATO DESNECESSÁRIO, MAS QUE NÃO ACARRETA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA - RECURSO IMPROVIDO. **Predomina hoje o entendimento na doutrina e jurisprudência de que o implante dentário configura uma obrigação de resultado e não de meio.** No caso dos autos a realização do implante causou compressão do nervo incisivo, causando dores, dificuldade na mastigação, formigamento bucal e paralisia facial, o que caracteriza bem a falta de êxito na obrigação assumida pela ré."

(TAPR, Sétima Câmara Cível, Ac. 19612, Ap. Cv. 209011-3, rel. Juiz Antonio Martellozzo, julgado em 16.08.2004, *in* DJ 6702)

Já a dentística restauradora, na maioria das vezes, encerrará obrigações de resultado, no entanto, a durabilidade desse resultado é que dependerá da colaboração do paciente, seja pela correta higienização bucal orientada pelo dentista, seja pelos corretos hábitos alimentares.

Por fim, é oportuna a lição de Silvio Rodrigues:

“(…) Na cura de um canal, numa intervenção na gengiva, na obturação de uma cárie, situada na parte de trás de um dente, o problema estético não é relevante e a obrigação de curar é uma obrigação nitidamente de meio. Na feitura de uma jaqueta, na colocação de um *pivot*, a preocupação do cliente é obviamente uma preocupação estética, e, no caso, a meu ver, a obrigação assumida pelo dentista é uma obrigação de resultado. Todavia, serão muito mais numerosos os casos intermediários, em que a preocupação estética e a de cura se encontram de tal modo entrelaçadas que o exame do caso concreto é que dirá se houve ou não desempenho adequado do profissional. Se ele obturou de maneira sólida o incisivo de uma bailarina, mas deixou indelével a mancha de chumbo na parte de fora do dente, é óbvio que agiu em desacordo com as regras de sua arte e deve indenizá-la, pois a preocupação estética, perfeitamente legítima, foi desatendida.”

Em suma, no campo da responsabilidade do cirurgião-dentista por ato próprio, ordinariamente depende de prova de que ele se afastou da sua profissão e arte (*lex artis ad hoc*), agindo com culpa.

VII.2. Os erros profissionais em odontologia

Os erros profissionais admitem divisão em várias modalidades. Gualter Adolpho Lutz⁴⁷ divide os erros em seis grupos, os quais serão explicados a partir das lições de José de Aguiar Dias⁴⁸:

1) Erros e acidentes na anestesia. Deverá indenizar o dano quando, por exemplo, der anestesia geral fora de ambiente hospitalar – com condições ideais de segurança comuns a ambientes cirúrgicos – e sem um responsável técnico que seja médico; ou então, lesar nervos pelo manejo da agulha contra as indicações da arte. Todavia, não será responsabilizado, por exemplo, pelas conseqüências imprevisíveis da anestesia, desde que esta tenha sido ministrada de acordo com os preceitos da *lex artis ad hoc* (técnica correta a ser aplicada, atendidas as suas peculiaridades)

⁴⁷ LUTZ, G. A. **Erros e acidentes em odontologia**. Rio de Janeiro, 1938, p. 50 e ss.

2) Erros de diagnóstico:**a) por ação:**

- . exame feito com técnica defeituosa, com descaso ou com imprudência;
- . interpretação errônea de dados semiológicos, embora corretamente obtidos;

b) por omissão:

- . falta do emprego de um recurso indispensável, por exemplo, da radiografia.

3) Erros de tratamento:**a) por ação:**

- escolha de tratamento impróprio;
- emprego de instrumentos inadequados e de remédios contra-indicados, perigosos ou trocados, má técnica nas intervenções ou no laboratório de prótese, inclusive na confecção dos aparelhos ortodônticos;

b). por omissão:

- falta de tratamento quando ele é imprescindível à manutenção da saúde oral do paciente;
- falta de conselhos indispensáveis.

4) Erros de prognóstico. Deve ser responsabilizado, por exemplo, quando der pouca importância à lesão do paciente, resultante da prática da exodontia, aconselhando-o a não procurar um médico.

5) Falta de higiene, o que pode dar ensejo à transmissão, para o paciente, de doenças infecto-contagiosas.

6) Erros nas perícias.

Graça Leite⁴⁹, por sua vez, divide, classifica e justifica os erros profissionais, suas origens e graus, assim:

1) Divisão dos erros profissionais:

- Não culposos: resultantes da insuficiência da própria Odontologia;
- Culposos: a) simples (erros de diagnóstico); e, b)magistrais (erros de tratamento ou de prognóstico)

⁴⁸ DIAS. Op. cit., p. 288/289.

⁴⁹ LEITE. Op. cit., p. 222 e ss.

2) Origem dos erros profissionais culposos: a) pressão do fator econômico; b) fragilidade moral do dentista; c) falta de vocação profissional; e, d) orgulhosa omissão das regras científicas.

3) Grau dos erros profissionais culposos: a) grosseiros (imperícia); b) graves (negligência); e, c) voluntários (imprudência)

Segundo o autor, a divisão dos erros surge dos seguintes conceitos:

“Os erros culposos resultam da falta de preparo, da falta de precaução e da falta de cuidado. Nestes casos, o evento de dano que o erro determina é sempre o resultado óbvio do não conhecer as regras da ciência, ou do não saber fazer segundo essas mesmas regras ou, finalmente, de ações temerárias ou desmazeladas. São erros inevitáveis. Os erros não culposos são os que resultam da falibilidade dos princípios científicos que servem de suporte às profissões. São erros inevitáveis.”

Por sua vez, os erros culposos são divididos em erros culposos simples e erros culposos magistras. Continua o autor: “Os primeiros são cometidos por quaisquer profissionais, de nenhuma, de pequena, ou de média notoriedade. Os segundos são os cometidos por eminentes profissionais, senhores de grande fama, principalmente os professores.”

O autor, ao continuar a sua sistematização, subdivide tanto os erros simples como os magistras em erros de diagnóstico, de tratamento e de prognóstico. Nos casos de erro de diagnóstico, considera-se duas situações distintas. Primeiro, quando o erro é o resultado de uma propedêutica insuficiente. Segundo, quando resulta de um raciocínio falho, defeituoso, em virtude de não se saber interpretar o resultado dos diversos dados clínicos ou laboratoriais.

VII.3. Responsabilidade indireta ou complexa

Muitas vezes, para que se faça justiça, é necessário desbordar a responsabilidade civil da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e, em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí se situa a responsabilidade por fato de outrem e a pelo fato das coisas, ou simplesmente responsabilidade indireta ou complexa.

VII.3.1. Responsabilidade por fato de outrem

Oportuno neste tópico retornarmos a duas espécies de culpa esposadas à página 13, quais sejam: culpa *in eligendo*, a qual advém da má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação (Súmula 341 do STF); e culpa *in vigilando*, que decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável dever pagar.

Eis, novamente, no Código Civil, os textos que estipulam tal responsabilidade:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Assim, o cirurgião-dentista responde pelo erro ou defeito na execução dos serviços prestados por todos os técnicos e demais profissionais que o auxiliam no exercício de seu mister, os quais exercem atividades acessórias, dependendo do odontólogo para a sua prática; é garantido, entretanto, o direito de regresso do dentista contra o causador do dano. Ressalte-se, porém, que “se estes profissionais extrapolarem em suas funções e principalmente praticarem intervenções privativas do dentista, responderão pessoalmente por culpa na sua modalidade imprudência”⁵⁰. Assim como também isenta o cirurgião-dentista do dever de indenizar a ocasião de o paciente saber que o preposto está procedendo fora de sua missão.

VII.3.2. Responsabilidade por fato das coisas

Responde o cirurgião-dentista pelos acidentes decorrentes das más condições de seus instrumentais ou equipamentos. A propósito, Susana Albanese⁵¹ destaca, na jurisprudência Argentina, caso em que uma peça metálica escapou e se incrustou no maxilar da paciente, devendo o odontólogo responder pelo mal-funcionamento do instrumental utilizado no exercício da profissão; o mesmo deveria estar em perfeitas condições para que fosse utilizado, não podendo o dentista escusar-se alegando

⁵⁰ OLIVEIRA, M. L. L. Op. cit., p. 146.

⁵¹ *Apud*. KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.

caso fortuito ou força maior. Outros exemplos podem ser mencionados como: a) utilização de brocas (baixa ou alta rotação) com o tempo de vida útil vencidos; b) lima endodôntica utilizada e reesterilizada diversas vezes, o que ocasiona o seu desgaste; c) vetusto fio de sutura; d) demais produtos utilizados com o prazo de validade expirado, etc.

Deve o dentista, portanto, manter em perfeito estado de conservação os seus equipamentos, instrumentais e produtos utilizados, respondendo por negligência se assim não proceder. Importante, também, a verificação da qualidade destes quando da sua aquisição, pois será o responsável pelos defeitos que provoquem danos ao paciente, embora mantenha resguardado o seu direito de regresso contra o vendedor ou fabricante.

VII.4. Das excludentes de responsabilidade

O cirurgião-dentista não será responsabilizado se o evento danoso se der por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito ou força maior, e se ele agiu sem culpa e de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão.⁵²

Pode, ainda, ocorrer a concorrência de culpas, a do profissional e a do paciente, caso em que será mitigada a condenação do cirurgião-dentista. Veja-se como exemplo o seguinte julgado:

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DENTISTA. DANO MORAL. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. PROVADA A CONCORRÊNCIA DE CULPAS, A DO PROFISSIONAL CONSUBSTANCIADA PELO ERRO PROFISSIONAL (LIMITE ULTRAPASSADO NO TRATAMENTO DE CANAL) E A DA AUTORA PELA NÃO-ADOÇÃO DAS CAUTELAS BÁSICAS NOS CUIDADOS ANTERIORES AO DENTE, JUSTA A PARTIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES, NOS MOLDES ESTABELECIDOS NA SENTENÇA. DANOS MATERIAIS DEVIDOS, OBSERVADA A PORCENTAGEM DA CULPA DA RÉ. LUCROS CESSANTES DENEGADOS. DANO MORAL CONFIGURADO, AFERIDO O GRAU DE CULPA ATRIBUÍDO À PROFISSIONAL MÉDICA E CONSIDERANDO OS PADECIMENTOS QUE RESULTARAM À AUTORA. SUCUMBÊNCIA REPARTIDA NO MESMO PERCENTUAL DA CULPA. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DA AUTORA E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DA RÉ.
(TJRS, 9ª CCv., Ap. Cv. 70000779710, rel. DRª. ANA LÚCIA CARVALHO PINTO VIEIRA, julgado em 28.12.2001).

⁵² DIAS, J. A. Op. cit., p. 290.

VIII – Conclusões

A responsabilidade civil específica do cirurgião-dentista (enquanto profissional apartado da medicina, eis que a odontologia hoje é dotada de completa autonomia científica) é tema ainda pouco trabalhado pela doutrina pátria, mas que pouco a pouco vem granjeando espaço, sobretudo em virtude do aumento das demandas judiciais envolvendo a prestação de serviços pelo odontólogo.

O estudo da reparação pelo dano causado foi concebido pelo modelo liberal clássico sob uma ótica estritamente econômica, voltada para a proteção do patrimônio, inicialmente fixado na história como o conjunto de bens e direitos de um sujeito. O modelo francês que inspirou o Código Civil brasileiro de 1916 é eminentemente burguês, voltado para institutos nitidamente individualistas como a propriedade e o contrato. Esse modelo liberal praticamente foi trazido para o novo Código (cujo projeto remonta ao ano de 1973, antes da entrada em vigor da Carta Magna de 1988), embora seja digno de encômios pela atribuição de uma função social aos seus institutos.

Com a Constituição de 1988, busca-se uma valorização da pessoa através da proteção da dignidade humana. Esta proteção recai sobre a segurança, a vida e a integridade bio-psíquica da vítima, não se limitando ao aspecto econômico ou patrimonial.

A tecnificação do trabalho odontológico e a corrida mercantilista do mundo contemporâneo trazem consigo uma alienação inconsciente a fatores que, direta ou indiretamente, afetam tanto os profissionais desta área do conhecimento, como os seus pacientes. Assim como, também decorrente desta busca incessante por mercado, proliferam-se cursos universitários sem a devida preocupação com a formação acadêmica voltada para uma atuação profissional ética e responsável, mas sim com o fim único de auferir lucro, qualquer que seja o custo. O mais alto é pago pela sociedade, que deverá suportar em seu seio profissionais destituídos de um pensamento que integre conhecimentos técnicos, biológicos, humanos, sociais e econômicos, já que, por uma (de)formação acadêmica, os mesmos nunca foram estimulados a refletir criticamente sobre a sucessão de fatos, com alguma consequência e propriedade sociológica, antropológica, histórica, econômica e política.

Assim, ao realizar o estudo da responsabilidade civil do cirurgião-dentista, deve o jurista abraçar os princípios constitucionais norteadores de uma eficaz proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. E ao cirurgião-dentista cabe, ao ter de conviver com uma atividade de risco – não sendo possível descartá-la, ignorá-la ou eliminá-la – preveni-lo, minimizá-lo, enfim, criar e desenvolver uma consciência profunda de sua responsabilidade enquanto profissional liberal, procurando desenvolver e praticar em seu ofício, atitudes éticas, comportamentos morais, atualizações científicas constantes, um eficiente e organizado sistema de documentação, um relacionamento amistoso e por vezes até caritativo com seus pacientes e, finalmente, um respeito fiel e ativo às disposições presentes no seu Código de Ética e no ordenamento jurídico pátrio como um todo.

IX – Referências Bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto (coord). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de jan. de 1916. Regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações. **Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 05 de jan. de 1916, Anno LV, 28º República, nº 4, p. 133-235.

_____. Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078, de 11 de set. de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 de setembro de 1990, Supl. ao nº 176, Seção I, p. 01-18.

_____. Código de Ética Odontológica, Resolução CFO – 179/91, de 19 de dez. de 1991. Regula os direitos e deveres dos profissionais e das entidades com inscrição nos Conselhos de Odontologia, segundo suas atribuições específicas. Rel. Pres. Dr. João Hildo de Carvalho Furtado – CD. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 de dez. de 1991, nº 252, Séc. 1, p. 30946-30948.

_____. Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940. Reúne a matéria penal na legislação brasileira. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 de dez. de 1940, nº 302, Séc. 1, p. 23911-23934.

_____. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de out. de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 de out. de 1988, nº 191-A.

_____. Novo Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 de jan. de 2002, nº 8, Séc. 1, p. 1-76.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**. Sao Paulo: Saraiva, 1984.

CURI, Fernando. **A responsabilidade civil do cirurgião-dentista no exercício profissional**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito: Curitiba, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. v. 7: responsabilidade civil**. 17. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Waldemar Graça. **Odontologia Legal**. Salvador: Era Nova, 1962.

LIMA, Gilberto Baumann de. **Culpabilidade do Médico e a “Lex Artis”**. RT 695/422, Setembro de 1993.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, vol 2: obrigações e responsabilidade civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUTZ, Gualter Adolpho. **Erros e acidentes em odontologia**. Rio de Janeiro, 1938.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade civil do médico**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1998.

MENEGALE, J. Guimarães. **Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista**. Revista Forense, outubro de 1939, vol. LXXX, fascículo 436, p. 47/60.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, vol. 5**. 33 ed. v 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. v. 1**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. **Responsabilidade civil odontológica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. v. 4**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENTHAL, Elias. **CD - Jornal APCD**, outubro de 1995.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil no erro médico**. Artigo publicado em: <<http://www.saude.sc.gov.br>>. Acesso em: 25 mai. 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil. v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil. v. 4: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.